

Title	「法の表示理論」の憲法論的意義と論点： アドラーとアンダーソン=ピルデイスとの応酬を手掛かりに
Sub Title	Significance and issues of the expressive theories of law in constitutional law : implications from the debate between Adler vs Anderson & Pildes
Author	瑞慶山, 広大(Zukeyama, Kodai)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2018
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.116, (2018. 3) ,p.103- 138
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20180315-0103

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「法の表示理論」の憲法論的意義と論点

——アドラーとアンダーソンⅡビルデイスとの応酬を手掛かりに——

瑞慶山 広 大

- 一 序
- 二 法的一般理論としての「法の表示」への着目
- 三 アドラーによる表示理論への根源的批判
- 四 表示理論の定式化
 - (一) 米国憲法実践の説明の失敗
 - (二) アンダーソンⅡビルデイスによる再説と反論
- 五 態度の表明としての表示とその憲法的害悪
 - (一) アドラーへの反論
 - (二) 憲法論からの検討
- 六 意義
- 七 論点
- 八 結

一 序

本稿はアメリカにおいて展開された「法の表示理論 expressive theories of law」と呼ばれる学説に注目し、その法的議論、とりわけ憲法論としての意義と論点を析出しようと試みるものである。法の表示理論に分類される学説には様々なものがあり、抑も「表示理論」という言い方さえ統一されていない。⁽¹⁾ 本稿ではこうした学説群の総称として上記呼称を用いることにする（または単に「表示理論」と言う）。

法の表示への着目は幾つかの法領域で見られたが、様々な学説群の中から本稿が取り上げるのは、表示理論の主要論者の一人と言って良いリチャード・ビルデイスが精力的に主張した表示理論である。彼は、禁止・義務付けによる憲法上の自由・権利の侵害とは異なる態様で、法の表示が憲法的害悪を齎す可能性に言及した。それがいかなる試みであったのかを確認することが本稿の最初目的である（第二章）。

ビルデイスを含む表示理論に対しては、「表示」なる法的構成に懐疑の目が向けられてきたが、その中でも最大の批判を展開したのはマシュー・アドラーであった。彼は種々の表示理論を一つの定式に纏めた後、表示理論を主張・擁護する論者に対してその問題性を指摘していく。彼の批判には難解な点も少なくないため、その主張を適切に理解することが求められる（第三章）。批判されたビルデイスも黙っておらず、アドラーの批判論文が掲載されたのと同じ号のローレビュース上にエリザベス・アンダーソンとの共著論文を掲載し、自らの表示理論の再説とアドラーに対する反論を行なった。このアンダーソン＝ビルデイス（以下「A & P」と略記）の再説・反論はアドラーのものに負けず劣らず難解なため、彼らの理路を確認したい（第四章）。

そのようにしてなされた両者の応酬は、しかし、表示理論を説明したというよりも混迷させたと行って良い。本稿

は最後に、両者の応酬の対立点を明確化した上で一定の評価を下し、それが示唆する表示理論の憲法論としての意義を見つけて出したい。特に、表示理論はローレンス・レッシングが提起した間接規制問題、とりわけ社会規範を通じてそれとの関連性が指摘されている。この関連性について筆者なりの考えを述べたい。と同時に、憲法論としての表示理論を発展・修正していく上で避けては通れない論点を提示することで、表示理論の更なる研究へ弾みを付けたい(第五章)。

二 法の一般理論としての「法の表示」への着目

法の表示理論⁽³⁾とは、様々な論者が多様な定義付けを行なっているものの、通約的な定義は次のようなものだろう。

即ち、法は行為を禁止したり誰かに授權を行なったりするような一般に法効果と呼ばれる側面に加えて、何らかのメッセージを発する側面も備えており、そうした側面もまた我々の自由や権利との関係で、あるいは国家統治に関連して、法的に問題となることを指摘する理論である。

法の表示という側面に早くから着目したものととして、法哲学者ジョエル・ファインバーグの刑罰論を挙げることができる⁽⁴⁾。彼は、一般に不正と見做される作為・不作為に対する不利益な処遇である「懲罰 penalty」とは区別される「刑罰 punishment」の独自性を枠付けるために、法の表示という概念を用いる。我々が刑罰という語を使用するとき、それは単なる懲罰に比べて質的に重い印象を持つだろう。駐車違反に対する反則金や職場での解雇処分に対して「刑罰」の語を使うのは憚られる。その質的差異を不利益の強度で特徴付けるのは困難だと彼は言う。軽犯罪法違反による科料と懲戒解雇処分とを比べた場合、人生に与える不利益の強度は明らかに後者が大きい。それでも我々は前者のみを刑罰と呼ぶ。ファインバーグの回答は、刑罰とされる行為に対して法は特別のメッセージを発出しているという

ものである。刑罰法には、憤怒・憤慨 (resentment and indignation) や反感・非難 (disapproval and reprobation) といった態度が表明されているのであり、そうした表示的機能を持つからこそ、刑罰は他の懲罰にはない象徴的な意味 (symbolic significance) を有するとされるのである。⁽⁵⁾

その後、法の表示という概念は、そうした表現こそ用いられなかったものの、アメリカの憲法判例においても部分的に現れるようになる。人種分離別学を違憲とした有名な Brown 判決の次の一節は、法が発するメッセージを直截に取り上げる点で注目に値する。

人種分離政策は普通、黒人集団の劣等性を示すものとして解釈される。劣等性の感覚は子どもの学ぶ意欲に影響を与える。それ故、法の強制のある分離は黒人の子どもの教育的・精神的発達を妨げ、人種的に統合された学校制度からなら得られたであろう利益の幾つかを彼らから奪う傾向を持つ。⁽⁶⁾

また、アメリカの国教樹立禁止条項を事例に当て嵌める際に用いられたエンドースメントテストも、政府行為が有するメッセージ発出の側面を主題化している。

「国家による宗教の」裏書きは、非信仰者に対して、あなた方は部外者で、政治共同体の完全な構成員ではないとのメッセージを送り、また、信仰者に対して、あなた方は内部者で、政治共同体の望まれた構成員であるとのメッセージを送る。「宗教の」否認はこれと反対のメッセージを送る。⁽⁷⁾

判例を受けて学説においても、例えばケネス・カーストが平等保護条項の法理の一部として法の表示に着目していた

ことが知られている。⁽⁸⁾ 日本においても、そのカーストの理論を摂取した論者をはじめとして、法の表示と呼ばれる側面に言及する研究が見られる。⁽⁹⁾

そのような中で、より抽象的に法の一般理論として法の表示を取り上げようとする動きが生じた。その主要論者の一人は今やアメリカ憲法学に欠かすことのできない論者となったキャス・サンスティンである。彼は法の表示が社会規範と密接な連関を持つことを論じ、そうした表示を用いた効果的な統治の可能性と、それによって私人の自由・権利が不当に脅かされる可能性の双方を検討した。⁽¹⁰⁾ そして別の主要論者こそ本稿が取り上げるビルデイスである。彼は表示という側面が法の一般的性質であることを前提とした上で、とりわけそれが憲法上不当な内容を持ちうることを問題視し、それに対する憲法的統制（違憲審査）を及ぼすような理論構築を企図した。ここではビルデイスの問題設定を詳細に見ていく。

ビルデイスは法が持ちうる憲法上許容されざる表示内容が齎す不利益を「表示的害悪 expressive harm」と命名し、それを憲法論の観点から取り上げる必要性を強調する。

表示的害悪は、政府行為が齎すより有形的・物質的帰結というよりむしろ、その行為を通じて表された考えや態度から生ずる結果としてのそれである。この見解においては、政府行為の意味はそれが実際に行なったこととまさに同じくらい重要である。公共政策は、……それが伝えるまさに意味が関連する公共的価値への不適切な顧慮を表しているが故に、憲法を侵害しうる。この憲法的害悪という独特な構想（unusual conception）においては、政府行為がそうした価値への軽蔑を表したとき、それは憲法を侵害しうるのである。⁽¹¹⁾

こうした表示的害悪が問題となった事例として、ビルデイスはアメリカ連邦下院選挙の区割りが問題となった Shaw

判決を取り上げる。⁽¹²⁾

事実の概要は次の通りである。連邦下院議員選挙について、一九九〇年の国勢調査の結果、ノースカロライナ州には従来から一つ増えた一二議席が配分され、区割りの再画定が実施された。区割りの再画定に際しては、投票権法 (Voting Rights Act) がバイノリティの投票権の実質的侵害を防ぐために、州の定める新たな選挙区割りを連邦司法長官の事前審査に服させていた。当州の選挙区割りは州と司法長官との協議により最終的に了承された。その内第一区と第二区は黒人の人口が多かったが、それは黒人の実質的な投票権を確保するために黒人居住者の多い地域を繋げたためであった。中でも第一二区は黒人が多く居住している幹線道路の沿線地域を一つの選挙区に纏め上げたもので、南北約二六〇kmに及ぶ細長く曲がりくねった形をしていた。複数の選挙民 (全て白人) が第一二区は人種的ゲリマンダリングであるとして提訴した。

連邦最高裁は区割りを合憲とした原審判決を五対四の評決で破棄差戻しとした。オコナー判事の筆になる法廷意見は主要次のようなものであった。先ず、本件区割りは人種的小数者である黒人の投票権を実質的に確保しようとした措置であるから、少数者の投票力希釈の問題ではない。しかし、区割りが非常に異様 (bizarre) で有権者を人種に基づいて分離する試みとしてしか理解できない場合、平等保護条項の下での疑わしき区分の利用として厳格審査が発動する。なぜなら、選挙区が明らかに特定の人種グループの利益になるように作られたとき、同じ人種の人々は同一に思考し、同一の政治的利益を持ち、同一候補に投票する、という人種のステレオタイプを醸成するからである。また、選出された議員はその人種グループの代表であるとの考えに陥りやすくもある。そこで、厳格審査の下で本件区割りが正当化されるか否かを原審に審査させるべく差し戻す。⁽¹³⁾

ビルデイスはリチャード・ニエミとの共著論文において、本件は表示的害悪を問題化した判決だとする。法廷意見が言う通り、問題なのは少数者とされる黒人の投票権の侵害ではない。むしろ、本件区割りは黒人の代表を実質的に

保障しようとするものであった。しかし、法廷意見は選挙区割りが異様な形をしているという見た目を問題にしており、厳格審査を発動させた別の理由があるはずである。ここでビルデイスが提出するのは「価値還元主義 value reductionism」に対する憲法の否定的態度である。価値還元主義とはここでは実現されるべき複数の価値が単一の価値に纏められてしまうことを指している。本件では、選挙区割りにおいて実現されるべき諸々の価値が「人種に基づく race-conscious」という単一の価値に不当にも還元されてしまっている。そのような価値還元は、或る選挙区における共同体性や政治的応答性を損ない、全体においても政治的インテグリティ (political integrity) や正統性を失わせる点で問題があると彼は言う。そして憲法上問題とされたのは、「人種に基づく」という価値が唯一のものとされる誤った価値還元的態度が、当該選挙区割りによって人々に表示されていることである。こうした表示によって、人々は選挙区割りにおいて大事なものは人種という指標だけなのだという誤った認識に陥る。こうした認識は憲法が許容するものではない。それ故、そのような誤った認識を招くような表示をなす本件選挙区割りは違憲とされなければならないのである。⁽¹⁴⁾

この事案で問題だったのは、本件区割りに対する社会の認識 (social perception) である。つまり、特定の法に基づいてなされた選挙区割りの発するメッセージが憲法上許容されざる内容を有しており、それ故に問題視されたのである。このような法や政府行為が持つメッセージを「表示」として理論化し、それが齎す害悪を憲法論として主題化しようとするのが、ビルデイスの主張する法の表示理論なのである。

三 アドラーによる表示理論への根源的批判

(一) 表示理論の定式化

ここまで見てきたビルデイスの法の表示への着目を含む、法の表示理論一般に対する根源的批判を行なったのがアドラーである。彼は法の表示に注目する学説群を整理し、その共通要素を括り出して定式化した上で、包括的批判を展開している。ここではその定式を確認し、次にどのように定式化された表示理論がアメリカの判例における憲法実践を説明しえないとの彼の主張を見る。

アドラーは表示理論者が使用する「表示」とは次の三つの内容を持つものだとする。⁽¹⁶⁾ 第一に、表示とは「言語的意味 linguistic meaning」である。言語的意味とは発話それ自体が言語的に有する意味のことであり、そうではない「非言語的意味⁽¹⁶⁾」と対比される。発話それ自体が持つ意味とは何かが直ちに問題となるが、それは第二点で述べる。ここでは両者の対比を正しく理解することが肝要である。例えば「空が黒いね」という発話を考えてみよう。この発話の言語的意味はそのものずばり「空が黒い」ということである一方、その非言語的意味は「雨が降りそうだ」というものである。表示理論者が用いる「表示」とは、「雨が降りそうだ」のような言わば「言外の意味」ではなく、「空が黒い」という「言葉の意味」そのものである、というのがアドラーの見立てである。つまり、表示理論者は、公共施設に十字架を掲げる行為が「我々の社会はキリスト教を是認している」とか「キリスト教徒以外はお呼びでない」と実際に発話したのとまさに同じ仕方において、そうした掲出行為も同様のメッセージ表示を発していると考えるのである。

第二に、その言語的意味とは「文意味 sentence-meaning」のことである。文意味には様々な理解があるものの、

アドラーが採用するのは「言語の規約主義的理解」である。これはやや乱暴に言うところと発話文が持つ文法上の意味のことである。⁽¹⁷⁾ここでのポイントは、それが、話者がその発話によって何を言わんとしていたかという意図を表す「話者意味 speaker's-meaning」と対比されている点にある。つまり、表示とは話者が意図していたことを意味しているのではなく、むしろそれとは独立に当該表示が或る共同体の規約に従って理解される意味ということになる。⁽¹⁸⁾

第三に、表示は「非指令的意味 non-prescriptive meaning」である。指令的意味が「法的権利、義務、自由等を創出する作用において法的発話を持つあらゆる文意味⁽¹⁹⁾」と定義されているから、「非指令的」とはそれ自体は法的権利・義務等を創出するような意味を有しないということである。即ち、表示はそれ自体としては法効果と呼ばれるものを作り出すことはないものの、しかしそれとは別の側面において尚も法的に関連性を持つのである。例えば、「黒人は車を所有してはならない」という法文は黒人という人種に自動車の所有を禁止する法効果を生ずる指令的意味を有すると同時に、「黒人は劣った存在である」という非指令的意味をも持ちうる。表示理論が問題とするのは後者である。

以上の三要素から成る表示——非指令的な文意味としての言語的意味を持つもの——が定義されると、次に法の表示「理論」がいかなるものなのかが述べられる。アドラーによれば、それは「真の (genuine) 表示理論」、即ち他の道德理論とは区別される独自のものでなければならない。彼はそれを「表示的道德理論 expressive moral theory」と呼び、次のように定式化する。⁽²⁰⁾

まず、表示的道德理論にはそれを構成する道德的要素の内、少なくとも一つに「表示的要素」が含まれている必要がある。道德的要素とは、或る道德理論が行為に与える道德的属性（要求、禁止、許容等）を定めるもので、当該道德理論を最も上手く説明し、かつ他の要素に還元できないものを指す。何かしらの道德理論は「殺人は禁止される」とか「人助けは推奨される」といったように、各々の行為に道德的評価を下す。このとき、「殺人は禁止される」のよ

うな要素がその道徳理論の内容を上手く説明できており、かつその他の要素から独立の意義を有している——例えば、「人に迷惑をかけることは禁止される」のような別のより抽象的な要素に還元されない——のであれば、当該要素は道徳的要素である。そうした道徳的要素（群）の中の最低でも一つが表示的要素であるとき、それらによって構成された道徳理論は表示的道徳理論である。

次に、「表示的要素」とは一体何かが問題となろう。或る道徳的要素が表示的だとされるのは、それが言語的意味を持つ行為に言及している場合、または、言語的意味を持たない行為が当該要素の観点から言語的意味を持つと同様に扱われなければならないような、そうした行為に言及している場合である。⁽²¹⁾これは先に見たような「表示」の定義の帰結である。即ち、非指令的な文意味としての言語的意味を持つ行為に対する道徳的な評価基準をその要素を含む道徳理論が、表示理論だとされるのである。

そして最後に、表示的道徳理論は上記のような道徳的要素が公務員 (legal officials) の行為の道徳的性質を決定するものとされる。纏めると、アドラーの考える法の表示理論とは、公務員の行為を対象にそれを道徳的に評価する理論であって、その評価要素（道徳的要素）の中に最低でも一つは言語的意味またはそれに準ずる意味に言及しているものが含まれている理論のことである。

アドラーが上記定式に拘るのは、表示理論の主張を単なる道徳的影響力論と区別するためである。全ての道徳理論は自らが望む行為の実現や望まない行為の抑止のために有効であるならば、その手段の一つとして「表示」を用いることができる。例えば、表示的道徳理論ではない、或る道徳理論が「自殺は悪である」と規定しているとしよう。もし「自殺をすることは良くないことです／やめましょう」のような発話をするのが自殺者数の減少に有効なのであれば、この理論は当該発話を許容または要請するだろう。このとき、自殺者の減少は当該発話による偶発的な結果に過ぎないものの、発話には人々に対して多少なりとも影響を与える力があつたことになる。アドラーは殆ど全ての道徳

理論はこのような道徳的影響力 (moral impact) を持つと言う。しかし、こうした道徳的影響力の行使が表示理論の主張であるとすれば、あらゆる道徳理論は表示理論だということになり、その独自性は失われ瑣末なものになってしまう。これを避けるには、そのような道徳的影響力が現実には与えた効果とは無関係に、表示がなされることそれ自体を道徳的な評価対象とするものとして表示理論を定式化しなければならない。表示理論は単なる道徳的影響力論を超えた理論なのである。⁽²²⁾

(二) 米国憲法実践の説明の失敗

以上のような定式の下、アドラーは様々な表示理論を批判する。本稿ではA & Pとの応酬を確認するため、憲法学に対する批判を取り上げる。道徳的表示理論は憲法学の文脈に置かれたとき、憲法によって採用された価値を一種の道徳と見て、その価値に基づいて表示の憲法適合性を吟味する。彼は、憲法学で表示理論者がしばしば実例として持ち出すアメリカの平等と政教分離の両領域において、表示理論は広汎に受容された実践の説明に失敗していると指摘し、それ故にこの理論を批判するという論法を採る。

1 平等——ステイグマ論

表示理論は平等論の文脈では人種差別立法における所謂ステイグマ論として現れている。しかし、全ての立法の憲法適合性がステイグマ論のみで決せられるわけではない。即ち、アメリカにおいて平等保護条項違反とされるのは、特定の人種に対してステイグマのメッセージを発しているか、または、人種という指標を道徳的に無関連な形で用いているか、のいずれかの場合である。表示理論は前者のみに関係する。このため、表示理論は平等保護条項に関する部分的な説明しか提供していない。それ故、ステイグマ論は平等保護に関する独立した説明ではあるものの、その全

体を説明するものではないのである。

次に、ステイグマに関する問題としての平等保護条項の実践を説明しようとした場合、表示理論はそれに成功しているか否かが問われる。ステイグマ論の標準的な説明は次のようになる。ステイグマは個人の地位に結びついており、ステイグマのメッセージは発せられるとそうした地位の低下を招く（二級市民性）。地位と自尊は結びついているため、社会で低い地位にあると見做されたものは十分な自尊を持つことができない。因って、平等保護条項は各人が十分な自尊を持つ条件として、ステイグマを表示し地位低下を招くような法を禁止する。

だが、アドラーはこうした構成は表示理論とは異なつたものだと言う。なぜなら、上記説明はステイグマの表示があつたことと、地位の低下という害悪を発生させることを同一視しているが、両者の間には偶発的な関係しかないからである。つまり、ステイグマの表示は地位への害悪にとつて必要条件でも十分条件でもない。必要条件、即ちステイグマの表示がないと地位への害悪は発生しない、という条件であるが、アドラーは私的差別禁止立法の制定・廃止を例に出してこれが成立しないと論ずる。こうした立法の制定は特定の人種の地位向上に結びつくが言語的意味としての表示があるわけではなく、他方、立法の廃止は地位への害悪を招きうるものの、廃止行為自体が特定の人種にステイグマの表示を发出しているとは言えない。また、十分条件、即ちステイグマの表示があれば必ず地位への害悪が起こる、という条件であるが、弱体化した政府を例にとれば、これもまた成立しないことが判明する。弱体化した政府によるステイグマの表示は、誰もその表示を真面に受け止めないために特定人種の地位の低下を招かない場合がある。このとき、地位への害悪があつたかどうかは表示がなされたこととは別の要因に左右されることになる。

以上から考えれば、ステイグマ論が述べているのは結局、政府の表示は特定人種の地位に道徳的影響を与える可能性²³がある、ということだけである。これは前節で真の表示理論は道徳的影響力論を超えたものとした定式に適合しない。従つて、表示理論はアメリカにおけるステイグマ論を説明するものではない。

2 政教分離——エンドースメントテスト

表示理論者はエンドースメントテストを政教分離領域における表示理論の典型的発現だとするが、この説明も成功していないというのがアドラーの主張である。ここでのアドラーの批判の理路は前項のステイグマ論に対するそれと同様である。先ず、エンドースメントテストはアメリカにおける政教分離（国教樹立禁止条項）の説明として独立してはいるものの部分的な説明しか与えない。即ち、アメリカにおいて政教分離違反とされるのは、国家行為が中立性・強制といった要素において違反しているか、または、特定宗教あるいは宗教一般を是認・否認するようなメッセージを発している場合、のいずれかである。エンドースメントテスト＝表示理論が関わるのは後者のみであるから、それは政教分離論全体を説明するものではない。

次に、エンドースメントテストが関わる部分において、アメリカの政教分離の実践を説明しようとした場合、表示理論がそれに成功しているかどうかが問われる。エンドースメントテストによれば、特定宗教または宗教一般に対する是認・否認は信仰者とそうでない者との間に政治共同体での部外者／内部者という区別を設ける。こうした区別により部外者とされた者の地位と自尊が脅かされる、というのがこのテストのポイントである。

これはステイグマ論で展開された構造と同じであり、それ故に同様の批判に晒される。つまり、宗教に対する是認・否認という表示とそれを受けた特定人の地位や自尊が脅かされることとの間には偶発的な関係しかない。エンドースメントの表示は地位への害悪にとつて必要条件でも十分条件でもないのである。必要条件、即ちエンドースメントがなければ地位への害悪は生じない、という条件であるが、アドラーは聖職者が議員になることを禁ずる州法を例に出す。こうした法は宗教を理由に特定人の政治的地位に影響を及ぼしうる。けれども、それが特定宗教への是認・否認の表示＝言語的意味を有しているとは言えない場合がある。法の表示と言えるものがなくても特定人の地位を変動させることはありうるのである。また、十分条件、即ちエンドースメントがあれば必ず地位への害悪を招く、

ているのかを先ず確認したい。

1 「表示」の定義と性質

A & Pは表示理論を個人単位の道徳理論として形成し、それが国家を含めた団体に拡張されるという論法を採る。始めに、「表示」の定義を確認しよう。表示とは「行為や言明（またはその他の表現手段）⁽²⁵⁾が或る精神状態を表明する仕方」とされる。人の内部の精神状態が外部に向けて発出されたものが表示なのである。この精神状態と表示との関係には三つの次元がある。即ち、①個人内部の精神状態が外部に向けて発出されることにより、精神状態が具体化・現実化するという存在論的次元、②表示により自己及び外部の他者が精神状態を覚知することが可能になるという認識的次元、③ある表示がどれだけ上手く精神状態を示すことができるかを評価する規範的次元である⁽²⁶⁾。

このように定義された表示は二つのものから区別される必要がある。第一に、表示は因果関係から区別される。或る精神状態になった場合に必ず特定の表示がなされるというわけではなく、或る精神状態によって引き起こされたものの全てが当該精神状態の表示となるわけでもない。悲しい歌を唄うミュージシャンはその行為によって悲しみを表示しているかもしれないが、だからと言ってそのミュージシャンの精神状態が悲しみに苛まれているとは限らない。また、興奮は眠気を誘うことが科学的に知られているが、とは言え眠いという表示が必ず興奮状態を意味するわけではなからう。第二に、表示はコミュニケーションと区別されなければならない。コミュニケーションとは「本人の精神状態を、他者がまさに伝達意思を認識することによって覚知できるような、そうした意思を持ってそれを表すこと⁽²⁷⁾」とされる。つまり、或る者Xが他者Yに対して、自らの精神状態をメッセージによって伝えようと意図し、受け手のYもそのような意図を認識した上でXの精神状態を理解する、というような情報伝達の態様を「コミュニケーション」と呼ぶのである。行為は行為者が自らの精神状態を相手に伝達する意図がない場合でも相手に対してそれを表し

てしまうことがある。このため、表示とコミュニケーションとは区別されなければならないのである。⁽²⁸⁾

2 行為理由としての「表示」

さて、表示の定義と性質が判明したところで、それがなぜ問題となるのかを説明する必要がある。先ずA & Pは、人間は本質的に価値ある (valuable) 存在であり、我々は他者に対して適切な態度を表明することを道徳的に要請される、という主張から出発する。なぜ「適切な態度」の「表明」が問題になるかと言えば、態度は行為理由 (reason for action) を提供するからである。即ち、我々が他者に対して示す態度は、特定の行為を特定の目標の達成のために行なう理由になる。表明された態度は人々の行動に影響を与えるのである。ならば、他者に対する適切な態度が齎す理由に基づいて行為するとき、我々は他者に対して適切な態度を表するような仕方で行為していることになる。このように行為を通じて表される行為者の態度を規範的に評価する理論こそ、A & Pが主張する「行為の表示理論」である。それは、或る目標Gのために行為Aをなすことが人々に対して正しい態度を表明しているかを評価する。命法形式で換言すれば、行為の表示理論は行為Aをなす理由として正当な目標Gを設定せよと個人に命ずる理論である。⁽²⁹⁾

彼らは個人単位の道徳理論から出発したと述べたが、ここで言う「行為者」には団体も含まれる。⁽³⁰⁾そして団体の一つである国家に行為の道徳理論を当て嵌めたのが「法の表示理論」である。国家もまた人々に対して適切な態度を表するような仕方で行為することが求められている。反対に言えば、国家は人々に対して不適切な態度を表するような仕方で行為してはならない。なぜなら、そうした不適切な態度を表すことは人々の悪しき行為の理由となってしまうからである。

この主張を筆者なりに理解した上で具体例を示すと、次のようになる。国家が一般に適用される交通違反の取り締まりにおいて、或る人種Rによる違反のみを検挙しているという事例を考えてみよう。こうした国家の行為は、Rの

人々を輕蔑し、あるいはR以外の人々を優遇するという態度を表していると思われることができるだろう。そのような国家の態度表明は人々にとつても同様の態度に基づく行為をなす理由になりうる。即ち、Rの人々を真面に取り扱わなくても良いというような風潮が醸成され、当該社会において人々がRの人々を対等な相手として見做さないようになり、結果としてRの人々は日常生活レベルで差別に苦しむ、といった状況を生み出すかもしれない。人間は誰しも本質的に価値があるという前提から出発するならば、こうした事態は許容できるはずもない。国家によるRの輕蔑という不適切な表示がここでの問題の原因である。そのような態度を表するような偏頗的な交通違反の取り締まりは、法の表示理論から見ると正当な目標のない行為をなしていることとなり、否定的評価が下される。

このようにしてなされた不適切な表示は「表示的危害 expressive harm」を齎す。表示的危害はA & Pの共著論文では「人が、その者に対する消極的態度や不適切な態度を表す原理によつて取り扱われる場合」^①に被る害悪とされる。社会において、表された不適切な態度が齎す行為理由により、悪しき行為が蔓延する可能性を生じさせることがここでは害悪として考えられている。彼らは表示とコミュニケーションとを区別しているから、表示的危害はたとえ行為者がそのような不適切な態度を他者に伝達する意図がなかった場合にも成立することに注意が必要である。

以上のことを憲法論に接続するとどうなるだろうか。行為の理由としての正しい目標の中には、憲法によつて定められた諸価値も含まれているというのが、憲法論としての法の表示理論の主張である。換言すれば、国家が憲法上許容されざる目標に基づいて行為することは、人々に憲法上許されない、即ち違憲な態度を表す仕方で行為することに等しく、憲法上の表示的危害を生み出していることになる。法の表示理論はこのような表示的危害を齎す国家行為を違憲とするための理論を提供するのである。

3 「表示」の認識

国家行為の表示を問題化する法の表示理論の道徳論的・憲法論的な主張を見てきた。しかし、肝心な点が不明瞭なままになっている。態度の表明としての「表示」を一体どうやって把握すれば良いのか。この点に関するA & Pの主張を見よう。

A & Pは「表示」の正体を「行為の公的意味 the public meaning of action」だと位置付ける。これは——「表示」の定義からして当然のことではあるが——行為者の意図とは異なる。行為者の意図は行為自体の公的意味とズレが生ずる可能性がある。なぜなら、第一に、行為者は自らの行為の意味につき考えることを怠ったり、無思慮に行動したりすることがあるから、第二に、当該社会の慣習や規範を知らないまま行動することがあるから、第三に、自らが自覚していない態度に基づいて行動することがあるからである。⁽³²⁾

表示は行為の受け手の理解や、行為の意味の共有理解、即ち一般公衆 (the general public) の理解とも異なるとされる。ここでのA & Pの主張は非常に強いものであるから注意を要する。彼らは、アメリカにおいて嘗て存在したという、職場で男性が女性の容姿を褒めるという慣行を例に出す。そうした行為は当時の社会にあつては女性を含めて問題視する向きはなかった。しかし、フェミニストが指摘するように、こうした行為は当時においても女性に対する侮蔑の表示をしていたのだ、と彼らは主張する。⁽³³⁾

では、表示＝行為の公的意味とは一体何であろうか。A & Pは、それは「社会的に構成されたもの」であり、「行為が共同体の他の有意味な規範や実践に適合する (またはしない) 仕方の結果」⁽³⁴⁾であるとする。行為の公的意味は共同体の構成員によって現に認識されている必要はない。だが、彼らが十分な解釈的自己精査をするならば認識可能なものでなければならぬ。先の職場における女性の容姿を褒める行為も、当時の共同体の構成員によっては不適切な態度を表す行為とは認識されてはいなかったものの、彼らが当時において十分に自己精査をして当該行為を解釈した

場合には、それが不適切な行為であったと認識できたはずである、とA & Pは主張していることになる。このような主張から、彼らが行為の公的意味について厳格な客観性を求めていることが分かる。ある行為が齎す表示＝公的意味は誰にも知られずして、しかし現に共同体に存在するのである。

だが、こうした余りにも強い主張を前提にすると、行為の公的意味に実際に辿り着くことは非常に難しい。或る行為が不適切な態度を表しているとされる公的意味を持つことを我々はどうのようにして知れば良いのだろうか。この困難さをA & Pは理解しているようである。厳に客観的な存在としての行為の公的意味を認識するために必要なのは、行為の表示の「解釈」である。A & Pによれば、行為の公的意味は「共同体の他の実践やその歴史、共有された意味の観点から、提示された解釈が有意義 (make sense) なものにならない⁽³⁵⁾」とされる。公的意味を実際に探求するにあたっては、当該共同体の実践・歴史、あるいは行為の公的意味そのものとしては否定されていたはずの「共有された意味」をも考慮に入れた解釈作業が必要になるのである。このことは「法」の表示を探る場合にも変わらない。「規範の表示的意味は……それが適用され実施される全文脈における当該規範の解釈の産物である」⁽³⁶⁾。

ここで注目すべきは、裁判所がこうした法の表示の探求のための解釈作業をなすのに適した機関であるとA & Pが考えていることである。彼らによると、裁判所は次の二つの理由から表示の解釈をするのに適任である。第一に、裁判所は表向きの立法目的が憲法違反の許容されざる目的の口実ではないかを常に審査してきたからである。裁判所は違憲審査をするに際し、立法が表立って掲げた目的が虚偽であり、その背後に真の隠れた(違憲の)目的があるのでないかを疑ってきた。そうした機関にあつては、法や政府行為の公的意味を探求する際にも、立法府や政府の意図とは独立し、また共同体構成員の受け取り方とも距離をとった、真の表示の意味を探求できる、と彼らは考えているようである。第二に、抑も法解釈とは意味の外的帰属であり、裁判所は立法者の意図に反しても体系的理解が可能になるような目的がある場合は、それを真の目的であると認定することが許されてきたからである。このような体系

的・総合的な法の目的の認定が可能であるならば、まさに先に述べたような行為の公的意味の解釈作業における幾つかの考慮要素の総合的把握も裁判所が得意とするところだろう、という想定が彼らにはある。これらの理由からして、裁判所は表示を探求するための道具の使用を許されているのである。⁽³⁷⁾

4 コミュニケーションの害悪の特殊性

以上がA & Pが考える法の表示理論の基本主張である。彼らはこうした理解を基に、アメリカの憲法実践を再度検討し、アドラーとは異なって、判例を中心とする実務に表示理論は受け入れられていることを論証している。⁽³⁸⁾

最後に、彼らが表示的害悪の中でも「コミュニケーションの害悪communicative harm」の特殊性を強調する点に触れておきたい。先に定義したように、コミュニケーションとは話者の伝達意図を受話者が理解した上でその態度が伝達されるというものである。表示によって表された態度が行為理由になることを考えると、コミュニケーションによるそれも変わるところはない。更に言えば、コミュニケーションは話者と受話者双方に伝達意図が知られているため、両者の相互関係を支配する態度の共有理解ないし相互承認が確立し、以て両者の間の社会関係が構成される。社会関係がこのような相互の共有理解・相互承認によって部分的に構成される以上、そうした理解・承認の変化は社会関係そのものの変容を招きうる。ここで、話者が受話者に対して不適切な態度をそうする意図を持って伝達し、受話者がそれを理解しているという場合に生ずるのがコミュニケーション的害悪である。⁽³⁹⁾ 表示的害悪の中でも、コミュニケーション的害悪は相互にそれが知られている分、より深刻な害悪になる、というのがA & Pの主張である。

(二) アドラーへの反論

以上のような表示理論の再説の後、A & Pはアドラーからの批判に対する反論を展開する。反論の要点は二つであ

る。一つは、アドラーの表示理論の定式化自体が誤っており、それを前提とした批判は一種の藁人形論法になっているというものである。もう一つは、表示理論の中でもコミュニケーションを通じた害悪の特殊性をアドラーは軽視しているというものである。

先ず、アドラーは表示理論者が言う「表示」を言語的意味であると定式化しているが、これが誤っている。言語的意味とはA & Pの用語法に従えばコミュニケーションということになるが、今見てきたように彼らの表示理論はコミュニケーションに限定されるものではない。表示理論は本来何らかの価値判断を伴う「態度」の表明に着目するものであり、それに際して言語的意味の有無を問うことはない。アドラーの図式に敢えて乗るならば、A & Pの表示理論は「非言語的意味」に(も)着目する理論である。そして、これを国家行為の憲法的統制の文脈に置いた場合、いかなる表示をしてはならないかという表示上の法的制約は、憲法秩序に吹き込まれた価値から導出されなければならない。⁽⁴⁰⁾

次に、アドラーは自らが定式化した表示Ⅱ言語的意味の理論をアメリカの憲法実践に当て嵌める部分において、表示とされてきたものが実は偶発的な道徳的影響力を持つに過ぎず、それを地位や自尊への害悪が発生しているか否かの判断に際しての考慮要素の一つに留まると主張しているが、こうした主張は表示理論と判例の実践を誤解しているとされる。アドラーのここでの批判は、コミュニケーションだけでは害悪は発生しないとの立場からのものであるが、まさにその点を否定するのが表示理論で、かつアメリカ憲法判例の実践なのである。即ち、先程述べたように、コミュニケーションは表示の中でも特殊な性質を有しているのであり、そこでの不適切な態度の表明は話者と受話者との社会関係を不当なものへと大きく変容させる可能性を秘めている。ならば、コミュニケーションがなされた時点で(憲法上の)害悪は既に発生しているのであり、この時点での害悪性を認めないアドラーの見解は不当であると批判される。⁽⁴¹⁾

五 憲法論からの検討

(一) 意義

アドラーとA & Pとの間でなされた応酬は、双方が従来の憲法論を超える哲学的議論を各々の主張の前提として、入りが手伝って、入り組んだ難解なものになっている。また、この応酬は必ずしも噛み合ったものとは言えず、生産的な対立と言える部分が少なくない。それは表示理論の実相を説明したというよりもむしろ混迷させたと言評しても過言ではない。とは言え、両者の主張を紐解くことで表示理論の意義と今後の課題を析出することは尚も可能であるように思われる。本節ではまず、A & Pの共著論文に対するアドラーの再批判を紹介しつつ、両者の論争に一定の評価を下す。次に、レッシングが主題化した社会規範を通じた間接規制問題（「社会規範論」と言う）とこの表示理論とがいかなる関係に立つか、筆者なりの見解を提示したい。

1 アドラーからの再批判とその当否

アドラーは自身の最初の批判論文とそれに対するA & Pの反論文が掲載されたローレビューの同じ号に短い再批判論文を寄せている。そこでの論点は二つである。一つは表示の理解の仕方を巡る対立について、もう一つは何を「害悪」と見るかの対立についてである。論点ごとにアドラーの批判を紹介し、筆者なりの検討を加えていきたい。

まず、「表示」の理解の仕方について、アドラーはA & Pの反論を受けて大要次のように応じている。自分が定式化した表示は言語的意味としてのそれであった。A & Pの反論によれば、少なくとも彼らの表示理論は非言語的意味に（も）着目するものである。そうすると、自分の批判はA & Pの表示理論には当て嵌らない。だが反対に、表示を

言語的意味と捉えるような表示理論のバージョンについてはA & Pは反証を試みていないのだから、尚も自分の批判が妥当している。言語的意味に表示を限定するような見解が理論としては成立しないことが論証できた点において私見には依然学問的価値がある、と。⁽⁴²⁾

この応答から判明するのは、結局アドラーとA & Pとの対立の殆どはその冒頭から擦れ違いに終わっていたということである。即ち、何を「表示」と見做すかという表示理論の定義部分において既に両者の議論は噛み合っていたのであり、双方が膨大な分量で応酬を繰り返した割には実りの少ない論戦であった。アドラーが言うように、表示理論には種々のものがあり、その定式化にも幾つかのバージョンが考えられるところ、⁽⁴³⁾彼がビルデイスの従前の見解を——それまでのビルデイスの見解が反論文で描かれたような明確さ持たなかったということもあって——誤解することにも理由がないとは言えない。けれども、やはりビルデイスへの批判としては、アドラーの定式は無理があったと評せざるをえないように思われる。と言うのも、ビルデイスが表示的害悪を当初主張した論文は第二章で紹介したように、異様な選挙区割りの形が表明する表示を憲法上問題化するものであった。選挙区割りの形が言語的意味を持つとはアメリカにおいてさえ考えるに難いから、アドラーが批判を展開するに際して前提とした表示理論の定式は少なくともビルデイスに対して妥当しないことが当初より明らかだったと言わざるをえないのではないか。この点、種々の表示理論を統一的に把握しようとしたアドラーの仕事には見るべきものがあるが、ビルデイスに対する批判の仕方は藁人形論法になっていたように思われる。

では両者の応酬に全く意味がなかったかと言えそうではない。真の対立はどの時点で法的な問題としての「害悪」を認めるかという点にあり、それが憲法的統制を行なう範囲の違いに結びついている。次にこの点に関する両者の相違を見よう。

アドラーは、A & Pによるコミュニケーション的害悪の特殊性を無視しているとの批判に対し、次のように応答す

る。A & Pは、或る人Xが他者Yに不適切な「M」という言語的意味のある行為を行い、YがMを理解したときXがYに対してコミュニケーション的害悪を発生させていると主張している。⁽⁴⁴⁾これは自分が言うところの「言語的意味の表示」であり、自分の批判が依然として妥当する。即ち、仮に何らかの表示があつたとしても、それだけでは個人の選好や快楽、文化的・社会的地位には影響を与えないこともある。それは表示自体に害悪性はないことを意味している。憲法上望ましくない表示があつたとしても、それだけでは害悪性を認めることはできない。具体的な精神的苦痛や、当該社会での現実的不利益があつて初めて害悪ありと言える。⁽⁴⁵⁾表示理論の言う「表示」は上記不利益を考える上での考慮要素の一つに過ぎない、と。⁽⁴⁶⁾

ここでの対立は表示自体に憲法的害悪を見るか否かという点にある。憲法上不当と評価される表示があれば、それがいかなる効果を持つていようとも表示がなされたことそれ自体が害悪であり違憲とするA & Pと、⁽⁴⁷⁾そうした表示が現実の害悪の発生に影響したことが判明して初めて——そしてその発生は他の要素に依存する偶発的なものである——その表示が違憲の評価を受けるとするアドラーとの、抜き差しならぬ対立がここにある。⁽⁴⁸⁾この対立を憲法論として評価するためには、表示と害悪との関係を改めて問う必要がある。憲法論として、とりわけ私人の自由・権利の保障のための理論として、なぜ表示が問題になるのだろうか。

2 社会規範論との関係

そうした問いへの回答として社会規範論との接続を指摘できるのではないかと筆者は考えている。レッシングは現代国家がサンクシヨンに裏付けられた法によつて我々の行為を禁止・義務付ける直接規制に加えて、その他の規制装置を用いて法が間接的に我々の行動を制約していると主張した。その中でも、法が社会規範に影響を与えた結果、国家は法による直接の強制なしに人々の行動を事実上コントロールすることができるようになる、というのが彼の主張で

ある。こうした一種の統治技法として社会規範を用いる方途は、効果的な統治の手段として用いうる一方で、私人の自由を実質的に狭める形で用いることもできる。後者のような言わば迂回的な国家規制に対しても憲法的統制を及ぼすための理論構築を企図するのも社会規範論の目的の一つである。⁽⁴⁹⁾

〈法↓社会規範↓私人の行動の規制〉という繋がり考えたとき、〈法↓私人への禁止・義務付け〉という直接規制を念頭に置いてきた従来の（憲）法理論はこの間接規制を適切に取り上げることができるとだろうか。レッシグが敢えて間接「規制」という言葉を使ったのは、従来の法学でこうした事態が「規制」だとは見做されていなかったことに対する反発がある。おそらく従来の法学では、こうした規制態様では法的次元での制約はないとされてしまう。法は直接には私人の行動を何ら規制していないのであり、彼らが共同体の社会規範に自主的に従っているだけである、と。この場合、憲法論としては事実上の不利益が甚大な場合に「事実上の制約」として例外的に取り扱われるのが関の山であろう。⁽⁵⁰⁾

法の表示理論一般はこのような社会規範を通じた間接規制の機序を明らかにする点で貢献をなしうるようになると思われる。即ち、この理論は法の表示という側面が直接規制とは異なる形で私人に対して影響力を持ちうることを明らかにした。更にこうした法の表示による影響力行使が私人の行動を有意に変えうることを示すことで、社会規範を通じた私人の行動の規制が法的に無関心とされるのではなく、確かに法の影響の下に行なわれたことを理論的に説明するのである。人々に対して違憲の表示を行なうことが、憲法上許容されざる状態を招く行為へと人々を誘導しうるのであれば、そうした表示自体に憲法上の害悪性を認めることができる、というのが表示理論一般の憲法論としての意義である。⁽⁵¹⁾このような考えは、A & P に向けられた、なぜ表示に着目するのかの理由が不明である、との疑問に一定の応答を提供するようになる。

だが、彼らが言う程に強い表示理論を採用する理由を見つけるのは困難である。上記のような意義があつたとして

も、法の表示に影響を受けた人々の行動が実際に変化した（社会規範が変わった）タイミングで害悪が発生している、と考えることも可能だからであり、実際、社会規範論としてはこのような構成を採る方が素直である。A & Pの理論の憲法論としての特徴は害悪発生タイミングを従来より格段に早めることで、憲法的統制の機会を早期化している点、アメリカにおける憲法実践の少なくとも一部を説明でき、それ故従来の法理を拡張ないし類推的に応用できる点、が挙げられよう。しかし、そのような強い主張をしたために問題を孕むことにもなっている。

(二) 論点

A & Pの共著論文はアドラーからの批判に対する応答に一定程度成功しているものの、その強い主張から「他の表示主義法学が自覚的に意図してきたものを明らかに超える」と評せられている⁽³⁵⁾。ここではA & Pの表示理論を批判的に検討し、彼らの説がそのままでは採用できないことを論証する。また、それを通じて現れる表示理論一般が解明すべき論点についても提示する。

1 表示の客観性と道徳理論上の前提との齟齬

第一に、表示Ⅱ行為の公的意味は話者の意図でも受話者の理解でも、共同体構成員の共有理解でさえない、という彼らの表示に対する強い客観性の標榜に疑問を投げかけることができる。というのも、表示は態度の表明であり、それは行為理由になっってしまうから、人は適切な態度を表す行為をなさなければならない、というのが彼らの道徳理論上の前提であったところ、それとこの強い客観性の標榜との間に齟齬が生じているように思われるからである。即ち、表示Ⅱ態度の表明が行為理由になるためには、少なくとも行為の観察者はそうした表示の内容を把握しておく必要がある。この点A & Pは、表示Ⅱ行為の公的意味は共同体の構成員によって現に認識されている必要はないと主張して

いるが、その場合、ある行為の表示は最早行為理由になりえない。なぜなら、表示が現に認識されていないということは、或る行為が持つ態度も認識されていないということであり、ならば人々は当該行為の表示から行為理由を読み取ることはありえないからである。⁽⁵⁴⁾従って、彼らの道徳理論上の前提から見て「表示」にこれまでの強い客観性を要求する更なる根拠が求められるけれども、そうした説明はA & Pの論文には見当たらない。

2 表示の探求方法

第二に、そのように厳に客観的な存在である表示＝行為の公的意味に一体どのようにアクセスすれば良いかが問題となる。これは表示理論一般の論点でもある。この点、A & Pはそれが解釈問題であることには言及するものの、具体的な解釈の方法、即ち表示の探求方法を明示しない。このままでは、表示理論は現実の運用可能性を獲得できないだろう。

ただ、手掛かりがないわけではない。彼らはエンドースメントテストに言及する文脈で、「表示理論の全ての品質保証 (hallmark) が国教樹立禁止法理にある」⁽⁵⁵⁾と述べている。これはエンドースメントテストと表示理論の親和性を示したもののだが、これを更に読み解いて、このテストの提唱者オコナー裁判官の用いた「客観的観察者 objective observer」という仮想的人物の立場から表示の内容を認識する方法を彼らは想定していたのではないかと、理解する論者がいる。⁽⁵⁶⁾

ならば、この客観的観察者、あるいはその後のアメリカ判例が断りなく互換的に用いるようになった「合理的観察者 reasonable observer」の考え方を洗練させていくアプローチが考えられる。現に学説では、こうしたアプローチにより表示の探求方法を具体化させていく研究が見られる。例えば、絶えざる対話によって表示の意味を確定していくとするデボラ・ヘルマン、裁判上の実体的・手続的制約を課すことで裁判官の表示の認定過程の合理性・客観性を

担保しようとするジェシー・ヒルがいる。また、表示理論の構成そのものには批判的なものの、その問題設定には見るべきものがあるとして、批判的に継受し、少数者の視点から国家の不当な動機を捉えようとするマイケル・ドーフのような論者も存在する。⁽⁵⁷⁾ こうした表示理論の問題意識を受け継いだ論者たちによる現在まで続く研究を包括的に涉猟し、当該理論の発展を調査する必要があるだろう。

3 司法審査における表示審査の位置付け

第三に、これも表示理論一般に関わる問題として、表示の司法審査での位置付け、即ち表示の違憲審査の方法を挙げる事ができる。この点、実はビルデイスは独自の司法審査理論を提出している。「構造的権利観 structural conception of rights」と彼が呼ぶ権利観に基づいてなされるそうした審査方法は、権利の機能を比較衡量における重りではなく、法や政府行為の理由を画するものとして捉え、そうした理由統制によって違憲審査を行なおうとするものである。⁽⁵⁸⁾ つまり、憲法が許容しない「排除されるべき理由 exclusionary reasons」⁽⁵⁹⁾ を法や政府行為が有していないかをチェックするのが本当の違憲審査だと言うわけである。ビルデイスは、アメリカの憲法実践は違憲審査基準として定式化された比較衡量だと見られがちだが、実際にアメリカ憲法判例が行なっているのは自身が提唱するような理由統制であると主張している。そして、そうした理由統制の一つとして表示の違憲性をも審査する、というのが彼の司法審査論である。彼はこれを目的手段審査と呼ばれる審査方法における、目的審査の重点化と同一視している。

アメリカ憲法判例が比較衡量ではなく実は理由統制をずっと行なってきたのだという彼の理解に筆者は強い疑念を抱いており、彼の主張は控えめに言っても強弁だと言わざるをえないように思われる。ここでは法の表示を審査するための審査方法を新たに導入するとして、従来の司法審査理論との関係で留意すべき点を二つ挙げたい。

一つは、ビルデイスがA & P共著論文で挙げていた表示理論が機能しているという実例は、日本で言うところの客

観法的統制がなされている領域である、ということである。即ち、平等や政教分離のような領域は——主観的権利構成を支持する学説はあるものの——客観法的原理に基づいた司法審査がなされている領域である。⁽⁶⁰⁾ピルデイスはそれを超えて、全ての自由・権利につき表示理論に基づく違憲審査が可能であるとの主張をおそらく維持しているが、その場合、典型的な主観的権利とされるもの——例えば表現の自由——の司法審査において表示理論が持つ意義の説明が求められるだろう。

もう一つは、従来の目的手段審査における目的審査と、ピルデイスの言う理由統制、そしてその一部としての表示審査は構造上大きな相違があるということである。まず、目的審査と理由審査を同一視して良いのかどうかを検討する必要がある。確かに、日本においても目的手段審査を研究する論者の中に、違憲の規制がなされ易い領域において厳格審査を発動し、手段との関連性を厳密に審査することで違憲な動機の炙り出すと主張する形で、法や政府行為の理由に着目する者がいる。⁽⁶¹⁾しかし、これは目的手段審査における機能の一つではあっても、目的審査そのものではないことに注意すべきである。違憲な動機の炙り出しという主張に対しては、厳格審査によって手段違憲となった場合に、それが違憲な目的によるものなのか、それとも目的は実際に必要最小限だったが手段が行き過ぎていたのか、を区別できないのではないかと疑問が寄せられている。⁽⁶²⁾この疑問は正当なものであると筆者は考えている。むしろ、目的手段審査という審査方法の眼目は、明瞭な目的が掲げられていない場合、合憲となるような目的を認定した上で手段との関連性をみる点にある。つまり、手段審査における利益衡量が中核なのであり、目的審査の主たる役割は手段審査の前件としてその実質化に貢献することなのである。⁽⁶³⁾それ故、目的審査においては、「審査」の名にも拘らずそれ単独で違憲判断を導くことが多くはない。

次に、仮に目的審査と理由審査を同一線上で考えうるとしても、それと表示審査とが同じかどうかは疑わしい。法それ自体に内在するとされる表示と、そうした法が形成された背景を指す理由とは、自ずから概念を異にするはずで

ある。ビルディスは構造的権利観に基づく違憲審査を幾つかの裁判例を用いて実演して見せているものの、その実態は理由統制の例と表示統制の例との混在である。本来異なるはずの両統制が特段の説明もなく目的審査に配置されているように読め、結果、彼がいかなる審査手法を構想しているのか不明瞭である。

以上のような理解を前提にすれば、仮に表示を違憲審査の俎上に載せるとしても、従前の目的審査の枠組みでそれをするのは困難だと言うことができる。手段審査と関連付けられない独自の表示審査の手法が新たに必要となろう。

六 結

本稿は、法の表示理論を唱える主要論者とそれに対する根源的批判者の応答を素材とすることで、この理論の憲法論としての意義や論点を析出した。検討の結果明らかにしたのは、表示理論の明晰さではなく難解さだったと言わざるをえない。しかし、表示理論はヘイトスピーチ規制論や同性婚の可否をめぐる問題等、現代の憲法問題にも応用可能性が指摘されている。この理論の潜在力を正しく評価するという作業は尚も必要であろう。

今後は本稿で取り上げた論者以外の表示理論を通覧し、その総体を把握した上で表示理論の擁護可能性を検討することになる。その際は、五(二)で挙げたような観点からの検討が憲法論としてこの理論を評価していく上で重要となるだろう。

- (1) 他には例えば、法の「表示的機能 expressive function」(C. R. Sunstein) とか、「表示的次元 expressive dimension」(D. Hellman)、「表示力 expressive powers」(R. H. McAdams) といった言い方がなされる。
- (2) See Lawrence Lessig, CODE VERSION 2.0 (2006), 社会規範を通じた間接規制問題の憲法論的検討としては、瑞慶山広大

- 「統治技法としての社会規範—「間接規制」の憲法的統制のための視座構築」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集五七号（二〇一七）九一頁以下を参照。
- (3) “expressive”の訳語として「表示」という筆者独自の選択したことにつき一言述べておく。この訳語で最も多く見られるのは「表現」である。しかし、表現の自由論と必然的な関連があると見做されるのを避けたい等の理由によりこの語は採用しなかった。また、「表出」との訳語も見られる。だが、この訳語もメタ倫理学上の主張である「表出主義 expressivism」との関連を想起させる可能性があり、選択しなかった。“expressive”が「表示」というのはやや奇妙に聞こえるかもしれないが、その名詞形“expression”には「表示」という訳語が辞書で見つかるから許容範囲内だと考える。
 - (4) Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in his *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* 95-118 (1970).
 - (5) *Id.* at 98.
 - (6) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U. S. 483, 494 (1954) (emphasis added).
 - (7) Lynch v. Donnelly, 465 U. S. 668, 688 (1984) (O'Connor, J., concurring) (emphasis and bracket added).
 - (8) See KENNETH KARST, *LAW'S PROMISE, LAW'S EXPRESSION: VISIONS OF POWER IN THE POLITICS OF RACE, GENDER AND RELIGION* (1993).
 - (9) 安西文雄「平等保護および政教分離の領域における「メッセージの害悪」」立教法学四四卷（一九九六）八一頁以下、福嶋敏明「法・政府行為の表現的次元とその問題性に関する一考察—アメリカ合衆国における「法の表現理論」をめぐる議論状況」早稲田法学会誌五四卷（二〇〇四）二二五頁以下、志田陽子「文化戦争と憲法理論—アイデンティティの相剋と模索」(法律文化社、二〇〇六)等を参照。特に福嶋論文は本稿がメインで取り上げるアドラーとアンダーソン・ビルデイスとの応酬を精確かつ簡潔に要約し、憲法論的検討を加えたものであり、本稿執筆に際し大いに助けていただいた。本稿はこの福嶋論文で描かれた上記応酬を筆者の問題関心の観点から僅かに補足し、それに対してより立ち入った検討を加える試みである。
 - (10) Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021 (1996). サンステインはこのテーマを扱う上で逸すべからざる論者であり、アドラーも批判対象に彼を含めている。しかし紙幅の都合上、サンステインの論の紹介と検討は全面的に割愛せざるをえない。彼の理論については別稿で検討する予定である。

- (11) Richard H. Pildes and Richard G. Niemi, *Expressive Harms, 'Bizarre Districts,' and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances After Shaw v. Reno*, 92 Mich. L. Rev. 483, 506-07 (1993).
- (12) Shaw v. Reno, 509 U. S. 630 (1993). 本判決の邦語評釈として、安西文雄「判批」ジュリスト一〇六三号（一九九五）一八頁以下、浅香吉幹「判批」アメリカ法一九九五—一号（一九九五）一三三頁以下。
- (13) 差戻し事案はその後再び最高裁に係属することになり、結局本件区割りは厳格審査を通過できないとして違憲と判断された。Shaw v. Hunt, 517 U. S. 899 (1996).
- (14) Pildes & Niemi, *supra* note 11, at 500-03.
- (15) 「表示」の定式に係る部分に「*as*」 Matthew D. Adler, *Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview*, 148 U. Pa. L. Rev. 1363, 1384-1401 (2000).
- (16) 言語の意味が証拠となるような行動・出来事・状態のことである。Id. at 1384-85.
- (17) 精確な定義は次の通り。「或る共同体において、*x*という発話が*p*を意味するのは、当該共同体において、その*p*を意味するために*x*を用いるという規約（a convention）が普及している場合、かつその場合のみである」。Id. at 1349.
- (18) アドラーが表示＝言語の意味の理解として話者意味を退けるのは、法に関する理論である場合、法の「話者」は議会や政府のような団体であり、そこに統一的意思を見い出すのは不可能であると考えるからである。即ち、法の定立・適用に関わる主体＝組織に意思を持つための精神はない。また、組織の構成員という自然人の意思に還元することも不可能であるとされる。組織の構成員の意思が単一である場合など皆無に等しいし、或る法の定立に賛成した者達の間でさえ意思はバラバラであることが常である。仮に共通意思があったとしてもそれは文意味によってしか判明しない。更に言えば、表示の受け手が最もアクセス可能な意味は文意味であるから、法制定者・執行者の意図を問題にする余地は尚更存在しないことになる。Id. at 1389-93.
- (19) Id. at 1397.
- (20) 「表示理論」の定式に係る部分は、id. at 1404を再構成したものである。
- (21) 「表示とは言語の意味である」としておきながら言語の意味を持たない行為をも含めようとするのに違和感を覚える向きもあろう。ただ、我々の行為実践の中には発話ではないものの言語的に有意味だと言えそうなものがある。典型的には「頷く」という行為で、これは「その通り」と発話したのと同じ仕方の意味を持っていると言いうる。この場合、頷く行為は

「その通り」と発話したのと同様に取り扱うことができる。表示理論は政府による公共施設における十字架の掲出のように純粹な発話とは言えないようなものも表示に含めている。ここでのアドラーの定式はこうした行為をも表示に含めるための対処である。但し、この対処にも拘らず、少なくともA & Pの表示理論の定式化としては成功していない点について、五(一)を見よ。

- (22) 以上、Adler, *supra* note 15, at 1401-03.
- (23) 以上の説明は、*id.* at 1428-38を要約したものである。
- (24) 以上の説明は、*id.* at 1363-48を要約したものである。
- (25) Elizabeth S. Anderson and Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. Pa. L. Rev. 1503, 1506 (2000).
- (26) *Id.* at 1506-07.
- (27) *Id.* at 1508.
- (28) *Id.* 但し、表示と区別すべきとされるコミュニケーションは精確に言えは表示の一類型である。事実、A & Pは論文内で表示的害悪の中でもコミュニケーション的害悪は特殊であるとの主張を展開している。ここから、コミュニケーション概念は表示概念に包含されるものだと考えて良いだろう。
- (29) *Id.* at 1508-1514.
- (30) ここで、団体は精神状態を持つかという問いが生じ、A & Pはこの点についても論文上で言及しているが、本稿では紙幅の都合から省略する。See *id.* at 1520-24. 福嶋・前掲注(9)二四二―二四三頁をも参照。
- (31) *Id.* at 1529.
- (32) *Id.* at 1512-13.
- (33) *Id.* at 1524-25.
- (34) *Id.* at 1525.
- (35) *Id.*
- (36) *Id.*
- (37) *Id.* at 1525-26.

- (38) A & Pは、こうした実務での受容が、従来から実例として取り上げてきたステイグマ論（平等）やエンドースメントテスト（政教分離）においてのみならず、連邦制や州際通商条項の解釈においても見られると論じている。第三章での構成と対にするために本来はこの部分も紹介すべきだが、紙幅の都合から割愛せざるをえない。See *id.* at 1331-64. 福島・前掲注(9)二四六～二五〇頁による要約も参考にされたい。
- (39) Anderson & Pildes, *supra* note 25, at 1527-30.
- (40) *Id.* at 1565-70.
- (41) *Id.* at 1570-75.
- (42) Matthew D. Adler, *Linguistic Meaning, Nonlinguistic "Expression," and the Multiple Variants of Expressivism: A Reply to Professors Anderson and Pildes*, 148 U. Pa. L. Rev. 1577, 1577-85 (2000).
- (43) *Id.* at 1577, 1585.
- (44) *Id.* at 1587-90.
- (45) *Id.* at 1590-91.
- (46) しかし、アドラーのこうした見方に対しては、従来の法学は法の表示なるものを考慮要素の一つとさえ考えていなかったのではないか、という疑問を投げかけることができる。平等保護条項におけるステイグマ論も国教樹立禁止条項におけるエンドースメントテストも、少なくとも採用された当時においては革新的な法理であった。法の持つメッセージが違憲審査において最低限考慮要素の一つとして取り扱われなければならないことを指摘しただけで既に、表示理論は一定の憲法論上の意義を有していると思われる。
- (47) A & Pの立場が、表示の社会での受け止められ方のような事実の探求を伴わない「規範的な法の表示理論」に分類される所以である。Richard H. McAdams, *The Expressive Powers of Law: Theories and Limits* 15 (2015).
- (48) 福島・前掲注(9)二五二頁も両者の対立は結局この点に求められるとする。
- (49) 具体例を含めたより詳細な検討は、瑞慶山・前掲注(2)一〇四～一二二頁を参照。
- (50) 問題を換言すれば、規制態様が直接的なものから逸脱している場合、どの程度までを自由・権利の「制約」と認定するかということになる。本稿の問題関心とは直接関係しないドイツの議論を素材とする論攷だが、制約概念の拡大のあり方につき、小山剛「間接的ないし事実上の基本権制約」法学新報二〇〇一巻一＝二号(二〇一三)一五五頁以下。

- (51) 駒村圭吾は自由の秩序として①身分の秩序、②権利義務の秩序、③意味の秩序を挙げる。駒村圭吾『「基調報告」国家と文化』ジュリスト一四〇五号（二〇一〇）一三五頁。彼の構想を筆者なりに用いると次のようになる。従来、①と②の文脈においてのみ規制は問題視された。だが、自由の保障を考える上では③も無視できない。なぜなら、③の秩序の形成の仕方によっても人々の行動は変化するのであり、法は③に影響を与えうるからである。ならば、法の③への影響力行使もまた一種の「規制」と見做すことができるだろう。表示理論は③の文脈での法の振る舞いの仕方を説明するものとしての可能性を持つ。
- (52) Deborah Hellman, *Judging by Appearances: Professional Ethics, Expressive Government, and the Moral Significance of How Things Seem*, 60 MD. L. REV. 653, 674 (2001).
- (53) Steven D. Smith, *Expressivist Jurisprudence and the Depletion of Meaning*, 60 MD. L. REV. 506, 509 (n.9) (2001).
- (54) 理由は異なるが、ステイブン・スミスも同様に道徳理論上の前提と表示への注目との間に齟齬があると指摘している。*Id.* at 567-70.
- (55) Anderson & Pildes, *supra* note 25, at 1546.
- (56) B. Jessie Hill, *Anatomy of the Reasonable Observer*, BROOK. L. REV. 1407, 1418-23 (2014).
- (57) Deborah Hellman, *The Expressive Dimension of Equal Protection*, 85 MINN. L. REV. 1 (2000); Hill, *id.*; Michel C. Dorf, *Some-Sex Marriage, Second-Class Citizenship, and Law's Social Meanings*, 97 VA. L. REV. 1267 (2012). この点については、福嶋・前掲注(9)二五四―二五五頁を参照。
- (58) See Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS, L. J. 711 (1994); *do.*, *Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism*, 27 J. LEGAL STUD. 725 (1998). 権利論の観点からの見解を批判するものとして、駒村圭吾「基本的人権の観念①（人権の意味）」小山剛＝同編『論点探求憲法（第二版）』（弘文堂、二〇一三）二五―二七頁。
- (59) ここでのビルデイスの語義はジョゼフ・ラズを参照しているにも拘らずそれと異なるため、訳語をラズのそれとは敢えて違えた。ラズの言う「排除理由 exclusionary reason」については、see JOSEPH RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW*, Ch. 1 (2d ed., 2001).
- (60) 福嶋・前掲注(9)二五三頁も問題となる条項の権利性の有無に注意を促している。

- (61) 参照、阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能——憲法と理由」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、二〇一一）一六一～一六八頁、長谷部恭男『憲法の理性（増補新装版）』（東京大学出版会、二〇一六）一〇七～一〇八頁。
- (62) 高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、二〇一七）二三七頁。
- (63) とは言え勿論、目的審査固有の意義が失われるわけではない。尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三号二六五頁）のように、立法目的が一樣にしか考えられないところ、その目的の憲法適合性が正面から争われることもある。

瑞慶山 広大（ずけやま こうだい）

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学グローバルリサーチインスティテュート（KGR I）所員

所属学会 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

専攻領域 比較憲法学会、日本法哲学会

主要著作 憲法

「統治技法としての社会規範——「間接規制」の憲法的統制のための視座構築」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集五七号（二〇一七年）